

WYROK
z dnia 31 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2013 r. przez **odwołującego** – Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., ul. Sanguszki 1; 00-222 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A; 00-184 Warszawa,

przy udziale **wykonawcy** - ENGAVE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32; 02-220 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego** - Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** - Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **odwołującego** - Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., na rzecz **zamawiającego** - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5a; 00-184 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi utrzymania systemu informatycznego Systemu PWD” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 10 lipca 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 19 lipca 2013 roku wykonawca Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., ul. Sanguszki 1; 00-222 Warszawa (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodne z przepisami czynności i zaniechania zamawiającego, polegające na:

- 1) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
- 2) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że złożenie przez Engave Sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1, art. 11. ust. 1 oraz art. 12 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) uznaniu za najkorzystniejszą, oferty złożonej przez Engave Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia Engave Sp. z o.o., pomimo tego, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

2. Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia Engave Sp. z o.o., pomimo tego, że złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odrzucenia oferty złożonej przez Engave Sp. z o.o.,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nadto odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, iż oferta złożona przez niego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tym samym odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, jako podmiot, który ma interes w tym, aby oferta Engave Sp. z o.o. została odrzucona przez zamawiającego, a oferta odwołującego wybrana, jako oferta najkorzystniejsza. Oferta odwołującego uzyskała drugą liczbę punktów w ramach oceny dokonanej przez zamawiającego.

Zamawiający dnia 22 lipca 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 25 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Engave sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32; 02-220 Warszawa.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

1. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż cena ofertowa Engave Sp. z o.o. stanowi cenę rażąco niską. Cena oferty Engave Sp. z o.o. jest niewiarygodna i nierealna, ponieważ jest:

- 1) znacznie niższa od ceny pozostałych wykonawców;
- 2) znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia;
- 3) nieobejmująca kosztów realizacji przedmiotu zamówienia

W niniejszym postępowaniu zostały złożone 4 oferty, w których wykonawcy zaproponowali realizację przedmiotu zamówienia za kwotę:

- 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. - 1 105 770,00 zł brutto
- 2) Engave Sp. z o.o. - 596 550,00 zł brutto
- 3) PWPW SA - 968 044,44 zł brutto
- 4) VOL Sp. z o.o. - 1 549 812,30 zł brutto

W toku postępowania różnice te, w ocenie odwołującego, zwróciły uwagę zamawiającego i stanowiły podstawę do wszczęcia procedury żądania wyjaśnień przez Engave Sp. z o.o. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zauważył, iż o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny świadczy już samo porównanie ocenianej wartości z cenami rynkowymi usług porównywalnych do przedmiotu zamówienia. Ceny rynkowe odzwierciedlone zostają każdorazowo w szczególności poprzez ceny ofert wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu.

W ocenie odwołującego nie należy się jednakże ograniczać wyłącznie do porównania całkowitych cen poszczególnych, złożonych w postępowaniu, ofert, ponieważ rażąco niska cena dotyczyć może również poszczególnych elementów ceny oferty. Zdaniem odwołującego wykonawca Engave zaoferował zaledwie 20 PLN netto za roboczogodzinę usługi wsparcia w zakresie konfiguracji systemu PWD, przy założeniu wykorzystania 5000 roboczogodzin w toku realizacji całej umowy. Cena ta odbiega istotnie nie tylko od cen rynkowych roboczogodziny oferowanych w branży IT, lecz także w innych branżach - jest zaskakująco niska. Ponadto, uwzględniając ilość roboczogodzin świadczenia usługi wsparcia w zakresie konfiguracji systemu PWD w toku realizacji całej umowy, nie sposób zaprzeczyć, iż ta wartość, będąc rażąco niską, ma niemały wpływ na rażąco niski charakter ceny całej oferty. Zaoferowanie takiej ceny, jaką zaoferowało Engave sp. z o.o., świadczy o nierzetelności złożonej przez tego wykonawcę oferty i budzi uzasadnione wątpliwości, co do faktu, czy daje on gwarancję należytej realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oferta Engave Sp. z o.o. jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia.

Jak wynika z protokołu postępowania zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 1 858 800 zł netto, przy czym zamówienie podstawowe to 1 239 200,00 zł, a zamówienie uzupełniające to kwota 619 600,00 zł netto.

Cena oferty Engave Sp. z o.o. w stosunku do ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością wartości szacunkowej zamówienia wynosi zatem 39% wartości szacunkowej zamówienia. Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający dołożył najwyższej staranności w celu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia i ocenił czasochłonność oraz ustalił stawkę po jakiej świadczone są usługi przez specjalistów mogących zrealizować przedmiot zamówienia. Stąd też w ocenie odwołującego ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia, która była znana przed upływem terminu składania ofert wszystkim wykonawcom (zamawiający opublikował na swojej stronie protokół ZP w miejscu, w którym znajduje się s.i.w.z. do niniejszego postępowania) stanowi realny punkt odniesienia w stosunku, do którego powinny być porównywane ceny proponowane przez wykonawców.

W związku z nieujawnieniem przez zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny udzielonych przez Engave Sp. z o.o., odwołujący podniósł z ostrożności procesowej, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające i nie zawierają żadnych dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Znaczna różnica pomiędzy ceną oferty Engave Sp. z o.o. a cenami innych wykonawców oraz wartością szacunkową zamówienia stanowi dowód nierzetelnej kalkulacji ceny przez Engave Sp. z o.o. W związku z powyższym, odwołujący wniósł do KIO o przeprowadzenie dowodu z udzielonych przez Engave Sp. z o.o. wyjaśnień i zweryfikowanie czy udzielone wyjaśnienia oraz dowody potwierdzają nieistnienie w tej ofercie ceny rażąco niskiej. W ocenie odwołującego należy przyjąć, iż w przypadku nieudzielenia przez Engave Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie, co najmniej informacji wymaganych przez zamawiającego należy uznać, iż wykonawca te nie złożył wyjaśnień o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp. Podstawa odrzucenia oferty zgodnie z art. 90 ust 3 ustawy Pzp zachodzi również wówczas, gdy przedstawione informacje i dowody potwierdzają, że oferta Engave Sp. z o.o. zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Engave Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 Pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że oferta Engave Sp. z o.o. została złożona przez pełnomocnika, który wcześniej był pełnomocnikiem zarządu spółki Rodan Systems S.A.. Fakt ten wzbudził zdumienie odwołującego, gdyż osoba ta związana była także z odwołującym umową, której przedmiotem było między innymi realizacja prac związanych z utrzymaniem relacji handlowych z zamawiającym związanych z przedmiotowym Systemem PWD. Pełnomocnik

firmy Engave Sp. z o.o. był przez wiele lat odpowiedzialnym za sprzedaż i marketing spółki Rodan Systems S.A., która wdrożyła u zamawiającego system, którego utrzymanie jest przedmiotem niniejszego przetargu. Dlatego też odwołujący zlecił tejże osobie podejmowanie działań mających na celu utrzymanie relacji handlowych z zamawiającym w momencie, gdy odwołujący uzyskał od producenta oprogramowania OfficeObjects (będącego podstawą systemu PWD wdrożonego u zamawiającego) licencję wyłączną na korzystanie z tego oprogramowania. W ramach prac zleconych przez odwołującego osoba ta uczestniczyła w przygotowaniach do złożenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym świadczyła usługi doradcze na rzecz odwołującego oraz uczestniczyła w spotkaniach (naradach) z pracownikami odwołującego dot. m.in. takich części oferty jak wykaz wykonanych usług głównych czy wykaz osób. Nadto, osoba ta jest umownie związana obowiązkiem zachowania poufności wszystkich informacji, które uzyskała w związku ze świadczeniem usług na rzecz odwołującego.

Odwołujący wskazał, że odpowiednie dowody, z uwagi na fakt objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego, zostaną przedstawione na rozprawie.

Wykorzystanie przez Engave Sp. z o.o. tej samej osoby do przygotowania oferty na rzecz tej spółki w momencie, gdy był on zobowiązany do świadczenia analogicznych usług na rzecz odwołującego stanowi, co najmniej działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a w konsekwencji stanowi delikt nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnionym jest nadto podejrzenie, w ocenie odwołującego, że osoba ta wykorzystwała wiedzę dotyczącą stanowiska odwołującego celem przygotowania oferty dla spółki Engave Sp. z o.o. i w ten sposób próbowała pozbawić odwołującego szansy uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, co może świadczyć o popełnieniu czynów nieuczciwej konkurencji określonych w art. 11 ust. 1 oraz art. 12 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazać należy, co następuje.

Wskazany przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że zamawiający w protokole postępowania wskazał, w jaki sposób oszacował wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołał się we wskazanym zakresie na średnią stawkę godzinową średniego wynagrodzenia specjalistów branży IT, ustaloną przez firmę S..... & S..... w 2012 roku na podstawie Ogólnopolskiego

Badania Wynagrodzeń. W badaniu tym wskazano, że średnie miesięczne wynagrodzenie specjalisty w branży IT wyniosło 6 000,00 zł brutto.

Zamawiający przyjął również, że różnica pomiędzy wynagrodzeniem pracownika, który realizował będzie przedmiot zamówienia a ceną żadaną za godzinę jego pracy przez firmę, która go zatrudnia to przeciętnie 200% wynagrodzenia pracownika (na podstawie danych ze Studium Wykonalności Projektu P2, z uwzględnieniem m.in. kosztów pracy po stronie pracodawcy, kosztów operacyjnych oraz zysku przedsiębiorstwa).

Wskazać należy, że powyższe ustalenia stanowią jedynie szacunek zamawiającego, który w toku przygotowywania oferty cenowej przez poszczególnych przedsiębiorców nie muszą zawsze do końca odpowiadać tym ustaleniom. Taka sytuacja znajduje swoje odzwierciedlenie w przedmiotowym postępowaniu. W powyższym zakresie Izba dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego popartych kalkulacją złożoną na rozprawie. Izba stwierdziła, przeprowadzając dowód z wyjaśnień wykonawcy Engave złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W szczególności Izba zwróciła uwagę na fakt, jaką wysokość wynagrodzenia wykonawcę ten przyjął do kalkulacji ceny ofertowej, dotyczącej 1 roboczo-godziny pracy specjalisty. Cena podana przez wykonawcę Engave daje podstawy do twierdzenia, że cena oferty nie została skalkulowana poniżej kosztów, nie nosi cechy ceny rażąco niskiej, gwarantując wynagrodzenie osób wykonujących usługę na poziomie cen rynkowych, jednocześnie gwarantując przedsiębiorcy zysk.

Powyższe stanowisko potwierdzają dowody zgłoszone przez przystępującego (umowa z dnia 31 marca 2011 roku, umowa z dnia 23 grudnia 2011 roku, formularz ofertowy z dnia 27 października 2011 roku, zawiadomienie o wyniku postępowania), z których wynika, że odwołujący, uczestnicząc jako konsorcjum z firmą Rodan System S.A., oferował ceny usług świadczonych przez specjalistów z branży IT, na analogiczny przedmiot zamówienia – w wysokości ok. 10,00 zł netto za 1 roboczo-godzinę pracy specjalisty. Powyższy dowód potwierdza, że cena proponowana przez przystępującego, jest realna i stosowana w branży, co czyni zarzut powyższy za niezasadny.

Dowód zgłoszony przez odwołującego w postaci własnej kalkulacji potwierdza jedynie okoliczność, w jaki sposób, zdaniem odwołującego powinna być skalkulowana cena ofertowa, obejmująca własne doświadczenie odwołującego w tym zakresie, nie potwierdza natomiast, że cena ofertowa przystępującego jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że zanotowana dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do stwierdzenia, że cena najniższa podana przez jednego z nich - jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu, których porównawcze oszacowanie jest trudne, bo każda z firm może przyjąć inne metody kalkulacyjne, a w szczególności inny

poziom zysku, którego górna wysokość w żaden inny sposób nie jest limitowana, jak tylko prawami popytu i podaży i konkurencją w danej branży, dosyć ograniczoną, z uwagi na specyfikę zamówienia, itp. W konsekwencji, to co dla jednego wykonawcy, stanowi cenę rażąco niską, nie pozwalającą na prawidłową realizację umowy, nie musi być ceną poniżej kosztów świadczenia usługi dla innego wykonawcy. Oznacza to również, iż z uwagi na indywidualne uwarunkowania każdego z podmiotów (w tym posiadane doświadczenie, urządzenia, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług – skali działalności), wykonanie zamówienia za taką samą cenę nie będzie możliwe dla każdego wykonawcy. Wykonawca może przedstawić cenę oferty nawet odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co samo przez się nie potwierdza zarzutu rażąco niskiej ceny (vide: wyrok z dnia 16 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO 1635/13).

Stosownie do wskazań orzecznictwa - orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, bez stosownej oceny danego przypadku). Prawidłowością zauważalną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają *in minus* od wartości oszacowania zamówienia.

Definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie niebędąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku.

Z treści zawartych w złożonych przez przystępującego Engave wyjaśnieniach, jak i przedstawionego powyżej stanowiska Izby wynika, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny podniesionych przez przystępującego Engave argumentów, a jego czynnościom nie można przypisać cech bezprawności.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie przedstawił dowodu, który mógłby potwierdzać zasadność stawianego zarzutu, a to na odwołującym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prawne spoczywa taki obowiązek.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wskazać należy, co następuje.

Wskazany przepis stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazywał, że złożenie oferty przez wykonawcę Engave stanowi naruszenie art. 11 ust. 1 oraz art. 12 ust.1 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zmianami).

Przepis art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Przepis art. 12 ust. 1 wyżej cytowanej ustawy stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

W ocenie Izby, fakt przygotowania oferty wykonawcy Engave przez osobę, która uczestniczyła w przygotowaniu oferty odwołującego, w tym uczestniczyła w spotkaniach (naradach) z pracownikami odwołującego dotyczących między innymi takich części oferty jak wykaz wykonanych usług głównych czy wykaz usług nie może jeszcze stanowić podstawy do uznania, że oferta wykonawcy Engave podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazał odwołujący osoba ta brała udział jedynie w zakresie przygotowywania oferty w zakresie dotyczącym spełnienia warunków podmiotowych wykonawcy (odwołującego). Odwołujący nie wskazał, że osoba ta brała udziału w przygotowywaniu oferty pod kątem polityki cenowej, tj. nie była czynnym uczestnikiem kreowania ceny ofertowej odwołującego. Nadto odwołujący nie wykazał, że osoba ta ujawniła wykonawcy Engave tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, które to ujawnienie miałoby wpływ na ustalenie ceny ofertowej tego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu oraz, że ewentualne ujawnienie tej tajemnicy miało skutek w postaci naruszenia interesu przedsiębiorcy. Odwołujący nie udowodnił również, że osoba ta była nakłaniana przez przedsiębiorcę Engave do naruszenia obowiązków umownych wiążących tę osobę z odwołującym, w celu przysposobienia korzyści wykonawcy Engave, czy szkodeniu odwołującemu, co mogłoby stanowić uznanie takich czynności za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie wskazywanego przez odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, w jaki sposób przepis ten został naruszony. Przepis powyższy stanowi bowiem, iż czynem

nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób złożenie oferty przez wykonawcę Engave jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Odwołujący nie udowodnił również czy i w jaki sposób został zagrożony lub naruszony interes odwołującego.

Izba wskazuje, że prawo wolnego rynku nie ogranicza żadnego z potencjalnych wykonawców do uczestniczenia w procedurach przetargowych i składania ofert przetargowych. Okoliczność, iż ofertę wykonawcy Engave podpisała osoba, która wcześniej pozostawała w stosunku zlecenia z odwołującym nie wywołuje takiego skutku. Nadto wskazać należy, że w przypadku, gdyby ofertę wykonawcy Engave podpisała inna osoba, to odwołujący z pewnością nie podnosiłby tego zarzutu. Odwołujący nie udowodnił ponadto, że osoba podpisująca ofertę wykonawcy Engave brała udział w przygotowaniu oferty przystępującego, nie potwierdził również, że osoba ta ustalała, czy brała udział w kalkulacji ceny ofertowej odwołującego, w związku z czym mogłaby zachodzić okoliczność wynikająca z omawianego przepisu.

Odwołujący nie udowodnił również, że osoba podpisująca ofertę przystępującego ujawniła informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, mające lub mogące mieć wpływ na kalkulację oferty przystępującego.

Izba stwierdziła, że złożone przez odwołującego dowody, tj. umowa zlecenia Nr 9600011357 z dnia 22 kwietnia 2013 roku, lista osób znajdujących się w stosunku cywilnoprawnym z PWPW S.A. w czerwcu 2013 roku, oświadczenie Pana J..... P. z dnia 31 lipca 2013 roku, oświadczenie złożone ustnie do protokołu rozprawy przez pełnomocnika w imieniu odwołującego, wydruki z korespondencji e-mail pomiędzy Panem T..... K. a innymi osobami pracującymi nad przygotowaniem oferty odwołującego, pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący, w toku prowadzonej rozprawy próbował bowiem połączyć, wywodząc z tego określony skutek prawny, fakt wykonywania przez Pana T..... K. czynności zleconych przez odwołującego, które to czynności niejako miały bezpośrednie przełożenie na wynik przedmiotowego postępowania. Jednakże z dowodów przywołanych przez odwołującego taka okoliczność nie wynika.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: